

**CONTRATO DE LOCACIÓN. PRECIO. ALQUILERES ESCALONADOS.
ADMISIBILIDAD. ALCANCE. FIANZA. RESPONSABILIDAD DEL
FIADOR FINIQUITADA LA LOCACIÓN. ALCANCE.**Descripción del Caso:

En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la demanda condenándose a los demandados a pagarle al actor parte de la suma requerida. Contra la sentencia apelaron las partes. El dictum de la Sentencia residió en la extemporánea alegación de las tratativas para estipular un nuevo contrato, tanto que el juez dejó en claro que ello es motivación suficiente para repeler la defensa y solo, a mayor abundamiento, consideró las circunstancias que evidenciarían el nuevo acuerdo. La Cámara rechazó el recurso de los demandados y acogió parcialmente el de la parte actora.

Sumario

1. Un acto contrario a una regla de orden público no puede constituir la base para la ulterior aplicación de la teoría de los actos propios. Pero tal infracción no sucede en autos.
2. No existe razón legal para que los contratantes no determinen alquileres escalonados, siempre que no impliquen fórmulas indexatorias ocultas, pues en tal caso se estaría vulnerando la prohibición contenida en la ley 23928.
3. El régimen legal en materia locativa se considera de orden público; es decir, como el conjunto de principios de orden superior a los que la comunidad considera muy vinculada la existencia y conservación de la organización social instituida.
4. *"Las fluctuaciones económicas a las que nos tiene acostumbrados nuestro país, obligan –a nuestro modo de ver– a admitir la validez de estos pactos para tornar actual el precio del contrato; consideramos que tan importante es asegurar la permanencia del locador en un inmueble durante un plazo determinado, como mantener la vigencia del precio acordado a valor del mercado."* (Knave, Verónica - Dongo, Juan Ignacio, "Interpretación de las leyes por su fin: la solución justa del caso", LL, 2009-B-138 y ss.).

5. Los alquileres escalonados son precios diferentes por distintos tiempos de locación y no son cláusulas de ajuste, por tal motivo no se hallan alcanzadas en la prohibición mencionada.
6. La pauta interpretativa dada por el Ministerio de Economía (res. 114/93) no ha observado que la cláusula de alquiler escalonado es de precio y no de ajuste y que igualmente, el requerimiento de determinar un precio único para todo el periodo de duración de los contratos, que surge como consecuencia de los arts. 7.º y 10 de la ley 23928, infringe una exigencia ineludible: la de reconocer a las partes que prevean lo que crean apropiado para la observancia del equilibrio del contrato (ver 'Desindexación de las deudas, Abeledo-Perrot, p. 21). Teniendo en cuenta lo dispuesto por la cláusula 7.ª del contrato que (CNCiv., Sala L, in re "Paula SA c. Marconi, Victorio y Marconi", del 17/5/99, LL, 1999-G-92 y ss.).
7. La justificación de la extensión de la responsabilidad de los fiadores se establecía la hipótesis del art. 1622 del CC, pues que no podía considerarse exonerados los fiadores a la luz del art. 1582 bis del CC.
8. El art. 659 del CC establece que *"... el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo..."*.

Cám. 4.ª Civ. y Com. Cba., Sent. n.º 66, 4/6/2013, "Michref, Julio c/ Pedreira, Lidia Leonor - Ordinarios - Otros - Recurso de apelación - Expte. n.º 987879/36"

Primera cuestión: ¿Proceden las apelaciones de los codemandados y del actor?

Segunda cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir?

Conforme al sorteo oportunamente realizado, los Señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dr. Raúl Eduardo Fernández, Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás y Dra. Cristina E. González de la Vega.

A la primera cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Raúl E. Fernández, dijo:

I. Contra la sentencia cuya parte resolutive se transcribe más arriba, apelaron todas las partes del juicio, expresando y contestando, recíprocamente, los agravios. Dictado y firme el decreto de autos, la causa es pasada a resolución.

II. Corresponde dar prioritario tratamiento a las apelaciones de los codemandados Carlos Alberto De Santiago, Ana María De Santiago, Lidia Leonor Pedreira y Jorge Benito de Santiago, pues los dos primeros alegan omisión de valoración de prueba de carácter dirimente, de la que surgiría que prueban o crean la presunción inequívoca de que el locador sí tuvo intención de renovar el contrato y que existieron negociaciones en tal sentido. Por su parte, los dos últimos aducen que finiquitado el contrato, no corresponde atribuirles responsabilidad como fiadores.

Es de destacar que el señor Juez a quo entendió procedente la demanda, en razón de que al tiempo de contestación de la demanda, solo se aludió a que el actor no había realizado requerimiento de restitución, sino que, por el contrario, antes de finalizado el contrato, se pactaron las condiciones para una nueva locación.

El sentenciante agregó que "...no hace mención alguna al principio de ejecución de un nuevo contrato que se habría comenzado a redactar y del que solo faltó la firma del actor, situación que recién es puesta de manifiesto, en la etapa probatoria, lo que luce como extemporánea o tardía, pues lo debieron exponer al contestar la demanda, pues allí es cuando se traba la litis en el proceso, es decir que ese era el momento que tenían para exponer este hecho y explicar cómo jugaba a favor de su posición defensiva, el principio de ejecución del nuevo contrato" (fs. 695/695 vta.). A ello agregó que "No obstante considerar que la conclusión arribada es motivo suficiente para el rechazo de este planteo defensivo, paso a analizar dicha circunstancia".

Como se advierte de lo textualizado, el dictum del fallo radicó en extemporánea alegación de tratativas para formalizar un nuevo contrato, tanto que el Juez deja en claro que ello es motivo suficiente para repeler la defensa y solo, a mayor abundamiento, analizó las circunstancias que justificarían la nueva convención.

De tal modo, si los apelantes asientan su disenso en este segundo tramo de la fundamentación sentencial, sin hacerse cargo del argumento central del fallo, debe concluirse que la apelación no puede recibirse.

Esto así, porque han dejado en pie una razón decisiva expuesta en contra de su postura defensiva, sobre lo que esta Cámara no puede avanzar, obrando oficiosamente, porque lo impide el sistema dispositivo y podría conculcar el ejercicio del derecho de defensa de la contraria, quien, por otra parte, hizo presente el déficit formal antes aludido (fs. 744).

De tal modo, los agravios segundo y tercero, mediante los cuales se sostiene la inexistencia de daños y perjuicios, por haber continuado el contrato original bajo los mismos términos que el anterior, deben seguir igual suerte

III. Con relación a la censura relativa al valor del alquiler afirman los apelantes que no puede tenerse en cuenta el alquiler abonado y, con ello, aplicar la doctrina de los actos propios, pues se trata de un acto contrario a una ley de orden público. Tal la fijación escalonada del precio locativo, que encubre –aducen– una cláusula de actualización prohibida por la ley.

Es real que un acto contrario a una norma de orden público no puede constituir la base para la ulterior aplicación de la teoría de los actos propios. Pero lo que sucede es que, en autos, tal infracción no existe. En efecto, en la cláusula tercera del contrato que obra a fs. 6/8 vta. se previó que "El precio locativo mensual se pacta, de común acuerdo, en la suma de pesos cuatro mil ochocientos (\$ 4800) por el término de los seis (6) primeros meses se bonificará el cuarenta con sesenta y dos por ciento (40,62%), el segundo semestre el treinta y dos por ciento (32%), el tercer semestre

veinte y cuatro por ciento (24%), cuarto semestre catorce por ciento (14%), quinto semestre siete por ciento (7%) y en el sexto semestre neto, a partir de la fecha de celebración del presente contrato...”.

Se trata de los denominados “alquileres escalonados” que, en sí mismos, no alteran la prohibición de actualizar.

En tal sentido, se ha destacado que “En fallos jurisprudenciales emanados de diversas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se ha aludido a la cuestión que nos ocupa, declarando verbigracia la Sala D que no existe óbice legal para que las partes establezcan alquileres escalonados, en la medida que tal proceder no oculte fórmulas indexatorias (sentencia inédita del 29/11/93, in re ‘Barberan c. Primiani s/ Ejecución de alq.’), pues en tal caso se alzaría la valla de la prohibición contenida en la ley 23928. También ha tenido oportunidad de expresar aquel tribunal (Sala E, sentencia inédita del 10/9/96, en autos ‘Díaz Suárez c. Daneri s/ Ejecución de alq.’) que cuando se trata de contratos de locación comercial debe estarse al precio de la locación libremente pactada incluidos los aumentos periódicos de los alquileres, siendo carga del inquilino demostrar que tales aumentos superan con creces el valor locativo en plaza del bien locado, en virtud de que se estaría violando el plazo mínimo locativo que es de orden público; y asimismo (misma sala, fallo inédito del 11/10/95) que no existe inconveniente legal alguno para que las partes pacten alquileres escalonados, variables durante el curso del contrato, no obstante lo dispuesto por la resolución 144/93 del Ministerio de Economía. Es que agrega el decisorio una norma interpretativa o aclaratoria de la ley de convertibilidad debió tener la misma jerarquía legal que aquella que es interpretada, cosa que no ocurre cuando la ley nacional recibe interpretación mediante una resolución ministerial” (Abatti, Enrique L. - Charlin, José Antonio, “Alquileres progresivos o escalonados”, LL, 1998-A-957 y ss.).

En la misma senda se agrega que “cabe acotar que el régimen legal en materia locativa –para inmuebles destinados a vivienda o uso comercial– está comprendido en el concepto de orden público; esto es, en el conjunto de principios de jerarquía superior a los que la sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida. Sobre tales conceptos trabajaremos seguidamente, pero adelanto que compartimos el criterio seguido por la ex Cámara Nacional de Paz en pleno (1/6/1971, ‘Revello, Pacífico c. Fernández, Lorenzo y otro’, publicado en ED, 37-473, y LL, 143-299) en el sentido que si se han previsto variaciones en el arriendo que han de operarse durante el plazo asegurado, el orden público del dispositivo legal no las impide, pues este está dirigido a resguardar el plazo y no el precio”.

“Y decimos ello sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23928, pues bien pueden las partes acordar variaciones de antemano sin sujeción a índices o negociaciones posteriores. De este modo se mantiene más o menos vigente el precio de la locación sin transgredir la citada normativa. No vemos en ello impedimento alguno”.

“Por otro lado, las fluctuaciones económicas a las que nos tiene acostumbrados nuestro país, obligan –a nuestro modo de ver– a admitir la validez de estos pactos para tornar actual el precio del contrato; consideramos que tan importante es asegurar la permanencia del locador en un inmueble durante un plazo determinado, como mantener la vigencia del precio acordado a valor del mercado. Creemos que ambos factores son igualmente importantes para la sociedad, pues si la rueda económica no se mueve, el circuito financiero también se paraliza y con ello se colabora también a que el país entre en recesión” (Knavs, Verónica - Dongo, Juan Ignacio, “Interpretación de las leyes por su fin: la solución justa del caso”, LL, 2009-B-138 y ss.). En suma, cabe repetir que “Los alquileres escalonados no son cláusulas de ajuste, sino precios diferentes por distintos tiempos de locación y, por lo tanto, no se encuentran comprendidas en dicha prohibición”.

“Respecto a la pauta interpretativa dada por el Ministerio de Economía (res. 114/93) que cita el apelante a fs. 332 v. no ha tenido en cuenta que ‘la cláusula de alquiler escalonado es de precio y no de ajuste y que de todos modos, la exigencia de fijar un precio único para todo el decurso de los contratos de duración, que resulta de los arts. 7.º y 10 de la ley 23928, trasgrede a decir de Alterini una exigencia insoslayable: la de permitir a las partes que, en cabal uso de su albedrío, prevean lo que consideren adecuado para el mantenimiento del equilibrio del contrato’ (ver ‘Desindexación de las deudas’, Abeledo-Perrot, p. 21). Máxime teniendo en cuenta el contenido de la cláusula 7.ª del contrato que, por su elocuencia, me exime de mayores comentarios” (CNCiv., Sala L, in re “Paula SA c. Marconi, Victorio y Marconi”, del 17/5/99, LL, 1999-G-92 y ss.).

Como consecuencia de lo expuesto, es dable rechazar el agravio analizado.

IV. La locataria se queja además que el señor Juez a quo haya mandado pagar daños y perjuicios derivados de la falta de restitución en término, a razón de \$ 45 por día.

El fundamento de su censura radica en los mismos argumentos tratados con anterioridad, de modo que corresponde rechazar también este tracto impugnativo.

V. Cabe acotar, en general y para la justificación de la extensión de la responsabilidad de los fiadores, que esta Cámara ya dejó sentado que, respecto de la situación de hecho de autos (y aunque referida a la responsabilidad por costas de los fiadores en el desalojo), se configuraba la hipótesis del art. 1622 del CC, siendo que no podía entenderse desobligados los fiadores, al amparo del art. 1582 bis del CC (fs. 648/648 vta., Sent. n.º 110 del 25/8/2009).

Aunque expuesto en el marco del desalojo, tales manifestaciones hacen cosa juzgada para el presente proceso, por tratarse de diversas consecuencias de una misma relación jurídica.

VI. El tratamiento del agravio relativo a la imposición de costas se difiere para más adelante, atento la existencia de recurso de la contraria, y la posibilidad de variación del resultado final del litigio.

VII. La parte actora se queja, imputando incongruencia al señor Juez a quo, pues dice que "el reclamo consistió en el valor actual del alquiler por los meses que duró la tenencia ilegítima de la locataria –una vez vencido el contrato– y por otro lado la cláusula penal, consistente en un importe adicional al alquiler, en carácter de plus sancionatorio por no cumplir con la devolución del inmueble en el tiempo pactado" (fs. 830).

No hay tal violación al principio de congruencia, entendido por alteración de alguno de los elementos de la pretensión (sujetos, objeto y causa), sino rechazo de un rubro de la pretensión, por no adecuarse al sistema legal.

En efecto, en la demanda se reclamó el pago de los daños y perjuicios equivalente al valor locativo actual del inmueble, con más intereses moratorios y el cumplimiento de la cláusula segunda del contrato que unía a las partes, pacto que este que contenía la cláusula penal.

Que el señor Juez a quo haya entendido que los daños estimados en el valor actual del arriendo sea improcedente, atento a la existencia de la cláusula penal, no violenta el principio de congruencia, pues supone, por el contrario, el rechazo de uno de los capítulos litigiosos.

De lo que se trata, es de establecer si la solución acordada en el punto es arreglada a derecho.

Viene a cuento transcribir la parte pertinente del contrato, al establecerse que "...En caso de incumplimiento por parte de la locataria a su obligación de restituir el inmueble a la finalización del plazo locativo, y sin que ello implique reconducción locativa, nuevo contrato o prorroga alguna, subsistir la obligación de la misma, mientras dure la ocupación de abonar el alquiler mensual con más una multa diaria de Pesos: noventa y cinco (\$ 95) hasta el día de la efectiva entrega del inmueble a satisfacción del locador..." (fs. 6, cláusula segunda, in fine, sic).

Tanto el señor Juez a quo como el apelante han coincidido acordar a la cláusula penal aludida, el carácter de moratoria, esto es aquella que supone la posibilidad de cumplimiento tardío de la obligación, y funciona como multa por el retraso.

En otras palabras, los daños y perjuicios moratorios se han prefijado por las partes, y nada impide que se persiga su cobro, junto con el cumplimiento de la obligación.

Esto es lo que prevé el art. 659 del CC al disponer que "Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento de la obligación y la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo...".

Lo que sucede es que el actor, además del monto de los arriendos, conforme fuera pactado y el cobro de la cláusula penal (finalmente reducida en primer grado), persigue la condena a daños y perjuicios estimados en la diferencia entre el monto convenido de alquileres y su valor actual.

Y esto último es lo que ha rechazado correctamente el Juez, pues los daños y perjuicios ya habían sido estipulados contractualmente, de donde la pretensa acumulación con la diferencia de precios de los alquileres, se torna improcedente.

VIII. La parte actora se queja, además de la morigeración de la cláusula penal. No acompaña a la parte apelante. El señor Juez ha expuesto razones claras y convincentes para efectuar la morigeración en cuestión.

En efecto, teniendo en cuenta la pericia rendida en autos, que establece el monto actual de los alquileres, advirtió que la aplicación del monto convenido, sumado al alquiler primigenio, arrojaba una cifra notoriamente superior a aquella suma, de modo que la cláusula penal contiene una exagerada previsión anticipada de los daños y perjuicios, razón por la cual la morigeró.

Adviértase que el último alquiler abonado es de \$ 4800, y de condenarse al pago de la cláusula penal, tal como fue pactada, esta última ascendería a la suma de \$ 2700, lo que arroja un total de \$ 7700, en tanto que el valor actual de los arriendos fue estimado en \$ 5500, lo que demuestra que el monto pactado fue correctamente morigerado, pues de lo contrario, se justificaría un enriquecimiento sin causa del acreedor, quien cobraría mucho más conforme lo pactado, que de haber progresado el solo pago de la diferencia entre el alquiler primigenio y el que se adecua a los valores de plaza.

IX. La accionante se agravia además, por la tasa de interés mandada a pagar solicitando se aplique la fijada por el tribunal casatorio local in re "Hernández...".

En este aspecto tiene razón la impugnante, pues ésa es la tasa que tiene establecida el Tribunal Superior, señalando que "Existen datos objetivos que demuestran un creciente índice inflacionario con la consecuente pérdida del valor adquisitivo de la moneda. Los constantes reclamos por incrementos salariales, el paulatino crecimiento de las tarifas por servicios que no son prestados por el Estado, un dólar cuyo valor está determinado por la intervención del Ejecutivo Nacional; a esto cabe agregar la inestabilidad mundial de los mercados, que también incide en las tasas locales de interés".

"Las pautas mencionadas, sumadas a la ausencia de una ley que determine el guarismo aplicable a esta clase de obligaciones, me orientan a buscar una solución equitativa con el fin de mantener la estricta igualdad de la prestación debida conforme las circunstancias del caso, objetivo que no se logra si la tasa resulta neutra o negativa, es decir, si es igual o inferior a la inflación subyacente durante el mismo período".

"Es preciso recordar que los intereses puestos en tela de juicio tienen una clara orientación a resarcir o indemnizar el perjuicio provocado por la mora del deudor, y esto no se logra cuando la tasa fijada jurisprudencialmente apenas si alcanza a cubrir la depreciación que ha sufrido la moneda en los tiempos de crisis económica por la que transitó nuestro país".

"Es así que sin apartarnos de los límites impuestos por la ley de convertibilidad, la tasa de interés agravada que se propone como aditamento de la pasiva, se presenta como un adecuado instrumento para evitar que se afecte el derecho de propiedad del actor, y cumple acabadamente con las demás pautas señaladas".

“Ciertamente la solución que se propicia no puede ser entendida como una verdad absoluta e inmutable. Por el contrario, tengo el convencimiento de que el juicio que se vierte tiene un elevado componente histórico al que convergen las circunstancias económicas, sociológicas y jurídicas que impregnan nuestro pasado reciente y la actual coyuntura. Es por eso que esta decisión es provisional, y responde al objetivo antes anunciado de resarcir al acreedor los daños provenientes de la mora, meta que por estos días solo se alcanza manteniendo como adicional la tasa agravada del 2% mensual hasta la fecha del efectivo pago”.

En función de tales argumentos se propuso que a partir de la vigencia de la ley 25561 permanezca la tasa pasiva promedio mensual que publica el BCRA como variable que regula las fluctuaciones del costo monetario con más un parámetro constante del dos por ciento (2%) nominal mensual (TSJ Sala CC, in re “Municipalidad de Córdoba c. Caprari de Núñez, Norma María del Valle y otros - Ejecutivo fiscal”, A. n.º 45 del 9/3/2011).

X. La accionante se queja, además por la imposición de costas y al igual que lo señalado al tratar un agravio similar de la contraria, cabe advertir que la modificación de la condena torna abstracto el planteo sobre el punto, pues atento el carácter accesorio del rubro, debe adecuarse al resultado final del litigio.

Así voto.

A la primera cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Señor Vocal preopinante, en consecuencia, voto en idéntico sentido.

A la primera cuestión, la Sra. Vocal Dra. Cristina Estela González de la Vega, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Sr. Vocal del primer voto, votando en idéntico sentido.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Raúl E. Fernández, dijo: Atento lo expuesto precedentemente, corresponde:

1) Rechazar los recursos de apelación de los demandados, con costas en un 100% a su cargo.

Regular los honorarios del Dr. Miguel Alberto Alé, por las tareas desarrolladas en los recursos de apelación de los demandados, en el 35% de la escala media del art. 36 de la ley 9459, sobre el monto total de condena (\$ 67.560), que ha sido el motivo de agravio, actualizado conforme las pautas fijadas en la sentencia de instancia anterior (\$ 171.372,29). Realizados los cálculos se obtiene de honorarios la suma pesos trece mil cuatrocientos noventa y cinco con sesenta centavos (\$ 13.495,60), con más la alícuota correspondiente al IVA (21%), atento el carácter de responsable inscripto acreditado.

No regular honorarios profesionales al Dr. Marcelo A. Bossi, atento lo dispuesto por el art. 26 de la ley 9459, a contrario sensu.

2) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, modificando la tasa de interés la que se eleva en el plus al 2% nominal mensual.

Imponer las costas de esta instancia, por dicha impugnación, en un 52% al actor recurrente y en el 48% restante a los demandados.

Regular los honorarios por las tareas efectuadas en esta apelación, a los letrados de ambas partes –Dres. Miguel Alberto Alé y Marcelo A. Bossi–, en el 35% de la escala media del art. 36 de ley 9459, sobre lo que ha sido motivo de agravio en esta apelación (\$ 122.600,21), base que asciende actualizada según el nuevo plus a \$ 259.706,31 y, por tanto, los honorarios a pesos veinte mil cuatrocientos cincuenta y uno con ochenta y cinco centavos (\$ 20.451,85) para cada uno de ellos, con más el porcentaje en concepto de IVA a favor del primer letrado.

3) Dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en primer grado, salvo en lo que refiere a los honorarios de los peritos intervinientes.

En consecuencia, establecer las costas de primer instancia en 52% a cargo de los demandados y en un 48% a cargo de la parte actora.

Estimar los honorarios por las tareas realizadas en la instancia anterior, para el abogado de la actora –Dr. Miguel Alberto Alé– en el punto medio de la escala del art. 34 de la ley 8226 (22,5%) sobre el monto de la sentencia (\$ 67.560) debidamente actualizado según las pautas determinadas en esta instancia (\$ 227.634,03), de lo que se obtiene la suma de pesos cincuenta y un mil doscientos diecisiete con sesenta y cinco centavos (\$ 51.217,65), más la alícuota correspondiente al IVA.

Fijar los honorarios de los letrados de los demandados, por las tareas de primera instancia, de conformidad a las pautas ya establecidas en primera instancia pero teniendo en consideración el acogimiento de la apelación en cuanto a la tasa de interés aplicable para la actualización de la base regulatoria. Realizados los cálculos correspondientes se obtiene la suma de pesos diecisiete mil setecientos cuarenta y ocho con quince centavos (\$ 17.748,15) a favor del Dr. Marcelo A. Bossi, por la defensa de la demandada Ana María De Santiago, e igual monto a favor de los Dres. Marcelo A. Bossi, Gonzalo H. Perello y Anabel Colombero, en conjunto y proporción de ley, por la defensa de los fiadores codemandados.

A la segunda cuestión planteada, el Señor Vocal Dr. Miguel Ángel Bustos Argañarás, dijo:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones que propicia el Vocal preopinante, en consecuencia, voto en idéntico sentido.

A la segunda cuestión, la Sra. Vocal Dra. Cristina Estela González de la Vega, dijo:

Adhiero al resultado propuesto por el Señor Vocal del primer voto y, en consecuencia, a la segunda cuestión voto en idéntico sentido.

Así voto.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

- 1) Rechazar los recursos de apelación de los demandados, con costas en un 100% a su cargo.
- 2) Regular los honorarios del Dr. Miguel Alberto Alé, por las tareas desarrolladas en los recursos de apelación de los demandados, en la suma de pesos trece mil cuatrocientos noventa y cinco con sesenta centavos (\$ 13.495,60), con más la suma de pesos dos mil ochocientos treinta y cuatro centavos (\$ 2834) en concepto de IVA.
- 3) Acoger parcialmente el recurso de apelación de la parte actora, modificando la tasa de interés la que se eleva en el plus al 2% nominal mensual.
- 4) Imponer las costas de esta instancia, por dicha impugnación, en un 52% al actor recurrente y en el 48% restante a los demandados.
- 5) Regular los honorarios, por las tareas efectuadas en el recurso de apelación del actor, de los Dres. Miguel Alberto Alé y Marcelo A. Bossi, para cada uno de ellos, en la suma de pesos veinte mil cuatrocientos cincuenta y uno con ochenta y cinco centavos (\$ 20.451,85), con más la de pesos cuatro mil doscientos noventa y cuatro con noventa centavos (\$ 4294,90) a favor del primer letrado en concepto de IVA.
- 6) Dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios efectuadas en primer grado, salvo en lo que refiere a los honorarios de los peritos intervinientes.
- 7) Establecer las costas de primer instancia en 52% a cargo de los demandados y en un 48% a cargo de la parte actora.
- 8) Estimar los honorarios por las tareas de primera instancia para el Dr. Miguel Alberto Alé en la suma de pesos cincuenta y un mil doscientos diecisiete con sesenta y cinco centavos (\$ 51.217,65), más la suma de pesos diez mil setecientos cincuenta y cinco con setenta centavos (\$ 10.755,70) en concepto de IVA.
- 9) Fijar en la suma de pesos diecisiete mil setecientos cuarenta y ocho con quince centavos (\$ 17.748,15), los honorarios del Dr. ..., por la defensa de la demandada Ana María De Santiago, e igual monto los honorarios de los Dres. ..., en conjunto y proporción de ley, por la defensa de los fiadores codemandados.

Protocolícese, hágase saber y bajen.

Fdo.: FERNÁNDEZ - BUSTOS ARGANARÁS - GONZÁLEZ DE LA VEGA.

CONTRATO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS. LESIÓN SUFRIDA POR UN MENOR. PROCEDENCIA. CASO FORTUITO. PRUEBA.

Descripción del Caso: La sentencia de primera instancia declaró la responsabilidad del establecimiento educativo que pertenece al Estado Provincial por la lesión sufrida por un alumno, y condena a dicho establecimiento a abonar parcialmente los daños ocasionados. La parte demandada se agravia porque el *a quo* ha desestimado el "caso fortuito" invocado por ella y, asimismo, por el erróneo encuadre del caso como de responsabilidad objetiva, pues la doctrina y jurisprudencia consideran que se trata de una responsabilidad de corte subjetivo. La Cámara rechazó el recurso.

Sumario:

1. La ley 24830 (modificatoria del art. 1117 del CC) contempla un caso de responsabilidad objetiva. Esta ley no considera a la educación como una actividad riesgosa, sino que atribuye a quien presta el servicio el deber de proporcionarlo sin provocar daños.
2. La prueba de que el establecimiento educativo tomó las diligencias debidas no es suficiente para liberarlo de responsabilidad de conformidad con el art. 1117 del CC.
3. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y principalmente a la edad de los alumnos (5 años), la inferencia "razonable" es que el suceso no era imprevisible. Pues, se podría decir que lo imprevisto se debe a que no se tomaron todos los recaudos necesarios para que los alumnos no jugaran con las "piedras". El concepto de "previsibilidad" al que reseñan los testigos, no se corresponde con la interpretación del art. 514 C.C. donde el caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario. Sintetizando, no fue un evento extraordinario porque esos elementos podían provocar daño.

Cám. 7.^a Civ. y Com. Cba., Sent. n.º 50, 6/6/2013, "Peralta Claudia Carina y ot. c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Ordinario - Daños y perjuicios"

1) ¿Procede el recurso de apelación?

2) ¿Qué corresponde decidir?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA: EL SR. VOCAL DR. JORGE MIGUEL FLORES DIJO:

1. La sentencia de primera instancia declara la responsabilidad del establecimiento educativo perteneciente al Estado Provincial por la lesión sufrida por Ignacio Leonel César, alumno regular de la Sala de 5 años, en oportunidad de que un compañero dejara caer una piedra de gran tamaño sobre su mano derecha cuando se encontraba en una excursión escolar; hecho que provocó los daños que reclama y que se condenan a pagar parcialmente. La parte demandada se agravia en virtud de que el aquo ha rechazado el "caso fortuito" alegado por ella y, además, por el incorrecto encuadre del caso como de responsabilidad objetiva cuando la doctrina y jurisprudencia entienden que se trata de una responsabilidad de corte subjetivo. En relación a lo primero aduce que la evaluación de la prueba no ha sido la apropiada, ya que a su criterio de la misma se desprende la existencia de la eximente de responsabilidad invocada. Funda su posición analizando parte de las declaraciones de los testigos, intentando demostrar que los docentes obraron con diligencia; en esa dirección dice que era imposible impedir y evitar el hecho pese a las potestades de vigilancia (no culpa), habiendo acreditado que se tomaron todos los cuidados necesarios para la evitación del daño (no culpa), razón por la cual sostiene se demostró acabadamente el cumplimiento de dichos requisitos. En este punto, específicamente, manifiesta que la diligencia del personal viene en razón de que se tomó nota primero de la situación, existiendo una persona que concurrió a la zona de ocurrencia del hecho y advirtió el riesgo, segundo: se incrementó la diligencia aún más colocando a todos los alumnos riesgosos bajo el cuidado exclusivo de una maestra que tocaba la guitarra para ellos, y tercero: se corroboró que la orden impuesta de retirarse del lugar cercano a las piedras había sido cumplida. Culmina destacando que no existió una manipulación intencional del objeto contundente para provocar el daño, solo la impericia de los menores en el juego y en la manipulación del objeto fueron la causa de su ocurrencia.

2. a) Ante el incorrecto encuadre que el apelante le atribuye al fallo con relación al carácter de la responsabilidad impuesta por la norma contenida en el art. 1117 CC, he de señalar que la ley 24.830 (modificatoria del mencionado precepto) ha regulado un caso de responsabilidad objetiva; se trata de una garantía creada por la ley fundada en el riesgo de empresa. No es que la ley considera a la educación como una actividad riesgosa ni peligrosa, sino que la ley impone a quien presta el servicio de modo organizado (sea un ente público o privado), el deber de prestarlo sin producir daños. Así, el establecimiento educacional es garantía de todo lo que le sucede al alumno y de todo lo que hace el alumno allí, mientras esté

bajo la autoridad educativa, salvo la prueba del caso fortuito. Encuadran en la previsión legal los daños sufridos por los alumnos durante las excursiones o viajes organizados bajo el control de la autoridad educativa, tal como ocurre en la especie (v. ED, 17113 y la nota a fallo); aun cuando la madre haya acompañado la excursión (puesto que el menor estaba jurídicamente bajo la guarda y actividad del establecimiento educativo). De tal modo, contrariamente a lo señalado por el apelante, estamos en presencia de una responsabilidad objetiva donde el art. 1117 en su nueva redacción sólo menciona el caso fortuito como causa eximente. Y en ese sentido no cabe a este órgano jurisdiccional ingresar en el debate sobre la bondad de un sistema excesivamente hermético en relación a la eximente, donde el establecimiento educativo parece responder por todo, aun por aquellos acontecimientos que entran en el regular desarrollo de la vida escolar. Esa discusión es ajena a la función decisoria de los jueces quienes deben someterse a la ley. Esto así, sólo queda remitirse al caso fortuito como única causal de eximición de la responsabilidad del establecimiento escolar, figura que el C.C. (en el art. 514) lo define como el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse. b) Justamente, el discurso recursivo en lo demás, parte del hecho de que a juicio de la apelante "la prueba incorporada al pleito muestra acabadamente el cumplimiento de los requisitos" de la eximente legal; y sobre la base de una parcial reproducción de las declaraciones testimoniales rendidas en la causa, intenta destacar que quienes estaban al cuidado de los alumnos asumieron todas las diligencias debidas y no pudieron impedir el hecho dañoso, lo que, en definitiva –según entiende engarza en un hecho imprevisto e inevitable. Sin embargo he de advertir, según el razonamiento vertido en el párrafo anterior: a) Que la prueba de la asunción de las diligencias debidas es insuficiente para liberar de responsabilidad al establecimiento educativo conforme la nueva preceptiva legal (antes aludida). b) Que una interpretación literal de dicho texto legal no se conforma con la prueba de que no se pudo impedir el daño con la autoridad y el cuidado que era de su deber poner por las responsables, sino que hace falta la acreditación del caso fortuito. Ni siquiera puede predicarse la culpa de la víctima menor de diez años, pues conforme el art. 1117 ello no es posible, además de que en el régimen argentino es inimputable (art. 921 CC). Y c) Que el examen que realiza la recurrente sobre el caso fortuito en base a los testimonios, resulta parcial e incompleto. Soslaya la fuerza integral que se desprende de esa prueba, compatibilizada con el informe docente de fs. 157; pues, atendiendo a las circunstancias del caso, y especialmente a la edad de los menores, la inferencia "razonable" es que el acontecimiento no era imprevisible. En todo caso lo imprevisto se debe a que no se tomaron todas las medidas de rigor para que los niños se abstuvieran de jugar con las "piedras". Es dable señalar que el concepto de "previsibilidad" al que refieren los testigos Ochoa, Gutiérrez, Álvarez, no se acomoda al sentido jurídico del art. 514 C.C. donde el caso fortuito es lo objetivo del hecho extraordinario. Resumiendo, en otras palabras no fue un

acontecimiento extraordinario, ya que había razón para suponer que esos elementos podían provocar daño; tanto es así –como dice el propio informe de las educadoras a fs. 157 que las madres acompañantes y la docente Mónica Miranda advirtieron a los menores sobre la peligrosidad de jugar con “piedras”. Por esa misma razón no se puede alegar que el acontecimiento era irresistible para las autoridades docentes presentes en el lugar, en el sentido de que era inevitable e imposible de prever. En esta dirección y sobre la base de estas motivaciones, me pronuncio en sentido negativo al interrogante que inquiere sobre la procedencia del recurso de apelación.

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. RUBÉN ATILIO REMIGIO DIJO:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Preopinante, votando en consecuencia en idéntico sentido.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA

LA SRA. VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO:

Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Dr. Jorge Miguel Flores, votando en consecuencia en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. JORGE MIGUEL FLORES DIJO:

Voto para que se rechace el recurso de apelación y se confirme la sentencia en aquello que ha sido materia de agravios; con costas a la apelante. Fijar los honorarios del Dr. Sebastián E. Almada en el 36% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria vigente.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

EL SR. VOCAL DR. RUBÉN ATILIO REMIGIO DIJO:

Adhiero al primer voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA

LA SRA. VOCAL DRA. MARÍA ROSA MOLINA DE CAMINAL DIJO: Adhiero a los fundamentos y conclusiones planteadas por el Sr. Vocal Dr. Jorge Miguel Flores, votando en consecuencia en idéntico sentido.

Por el resultado de la votación que antecede y por mayoría,.

SE RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia en aquello que ha sido materia de agravios; con costas a la apelante. Fijar los honorarios del Dr.... en el 36% del punto medio de la escala del art. 36 de la ley arancelaria vigente.

Protocolícese y bajen.

Con lo que terminó el acto que previa lectura y ratificación firman los Sres. Vocales.

Fdo.: FLORES - REMIGIO - MOLINA DE CAMINAL